

Conférence : "Actualités du Droit des contrats : premier anniversaire de la réforme du 10 février 2016"

L'objectif n'est pas d'étudier les premières réactions jurisprudentielles, il est trop tôt pour cela, du moins pour ce qui concerne les décisions de la Cour de cassation. D'autres conférences auront cette mission dans l'avenir.

Il s'agit de s'interroger sur certaines difficultés qui peuvent naître de cette réforme. Quatre thèmes ont été soigneusement choisis par le Master 2 « Droit et pratique des contrats » sous la direction scientifique des 3 co-directrices, Madame le Professeur Blandine Mallet-Bricout (Université Lyon III), Madame le Professeur Isabelle Bon-Garcin (Université Lyon II) et Madame le Professeur Anastasia Sotiropoulou (Université Jean Monnet, Saint-Etienne). Ces quatre thèmes portent sur des points essentiels de la réforme, à savoir la question de l'application de la loi dans le temps ; l'équilibre entre les parties et le juge ; les sanctions de l'inexécution du contrat, et enfin l'impact de la réforme sur le droit des sociétés.

Monsieur le Professeur Denis Mazeaud - Propos introductif :

Nous sommes aujourd'hui réunis tous ensemble en ce 10 février 2017, date d'anniversaire de la réforme, qui a fait couler beaucoup d'encre. Son visage sera peut-être modifié par la loi de ratification, ce qui n'est pas la préoccupation principale du Parlement. Les rumeurs courent sur des modifications. Par exemple, sur le fait de remettre la cause dans le Code, ou supprimer la rédaction des clauses abusives. Quid de ces modifications ? Qui contractera verra.

Je n'ai pas assisté à un seul colloque sans qu'il y ait une ou de nombreuses allocutions sur la cause. Cela est symptomatique de ces innovations, plus spectaculaires que réelles. La cause semble conserver un rôle moins que négligeable, elle n'est plus entendue mais elle reste sous-entendue. On a cherché à éteindre la cause illicite. On croit l'éteindre mais il y a l'article 1162 nouveau du Code civil, selon lequel « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations ni par son but, que ce dernier ait été conclu ou non par toutes les parties. ». On a voulu éradiquer l'absence de cause objective ; mais pour autant il y a l'article 1169 qui prévoit qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. » On a voulu écarter la jurisprudence Faurécia selon laquelle est réputée non écrite la clause limitative de responsabilité qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ; mais il existe aujourd'hui l'article 1170 qui reprend exactement le même attendu. Au fond la cause ne meurt jamais.

L'intérêt de cette réforme sera appréhendé par au moins quatre acteurs de la vie juridique : la doctrine, les juges, les praticiens, et bien sûr les étudiants.

1 : la doctrine :

La réforme est l'occasion de faire taire la rengaine selon laquelle la doctrine n'est plus ce qu'elle était, noyée sous des notes de jurisprudence seulement descriptives... Elle a suscité une production doctrinale de très haut vol, à travers des auteurs de renom : Deshayes, Genicon, Laithier ; et Chénéde. Il y a d'ores et déjà eu de belles disputes doctrinales.

Une dispute pour exemple : l'« innovation » la plus importante, création du contrat d'adhésion. Pour certains, il s'agit d'une « gauchisation » du contrat d'adhésion que l'on connaît dans le Code de la consommation, une innovation qui exprimerait l'idée que notre univers contractuel serait composé de deux planètes, soumises à régimes distincts : des contrats structurellement équilibrés, le contrat « classique », et des contrats structurellement déséquilibrés, contrat de consommation, contrat de travail, et maintenant le contrat d'adhésion du Code civil. On se dispute sur la notion de contrat d'adhésion.

D'autres en revanche, comme François Chénéde, s'en tiennent à l'alinéa du contrat d'adhésion, s'appuient sur la lettre de l'article. Le critère du contrat d'adhésion c'est le consentement irréfléchi aux conditions générales, c'est l'absence de négociation d'un contrat rédigé par l'autre. A ne pas confondre avec le contrat de dépendance, où le consentement est contraint. Le régime juridique sera différent : le juge ne peut pas réviser une clause de prix sur un contrat d'adhésion, alors qu'avec l'article L442-6 du Code de commerce sur la dépendance, le juge peut réviser une clause de prix. Ce n'est pas la même chose, différence entre contrat d'adhésion et contrat de dépendance, il n'y a pas le même rapport ; il est normal qu'il y ait une extension de protection des clauses abusives, par exemple avec les CGV qu'on ne lit pas.

D'autres auteurs pour qui le contrat d'adhésion est l'antonyme du contrat de gré à gré. Celui dont les stipulations ont été librement négociées. Pour Thierry Revet et quelques autres il faut définir le contrat d'adhésion à partir de celui de gré à gré, avec pour aide le critère de liberté. Au fond, le contrat d'adhésion est celui qui est composé par un seul et imposé à l'autre. A conclure ou à laisser.

Qui a tort ou raison ? On ne sait pas. Qui décidera ? Les juges, qui seront au final les co-auteurs de la réforme.

2 : Les juges :

Cette réforme charge la barque judiciaire. Les missions qui sont imposées au juge pour la mise en œuvre sont variées et difficiles.

1^e mission : l'articulation des règles du Code civil avec des règles satellites. Problème d'articulation entre l'article 1171 sur les clauses abusives et l'article L.442-6 | 2° du Code de commerce qui protège les partenaires commerciaux. Question : Est-ce qu'un partenaire commercial peut cumuler les bénéfices de l'article 1171 et du texte du Code de commerce ; peut-il demander un juge spécialisé compétent ? Peut-il d'une part condamner le partenaire commercial qu'il a soumis à une clause abusive, et d'autre part d'invoquer l'article 1171 pour demander que la clause soit en sus réputée non écrite ? Peut-on cumuler ou pas ? Les avis sont divergents. L'adage selon lequel la règle spéciale déroge au général voudrait que l'on ne puisse pas cumuler ! Mais cet adage est parfois difficile à appliquer. La règle générale en l'occurrence, c'est la règle du Code civil, donc seulement les contrats d'adhésion, ou celle du Code de commerce, qui parle de contrats de dépendance, ce qui est plus large ? De plus, la raison d'être de ces deux règles est différente. L'article du Code de commerce, qui permet la protection des clauses abusives, protège les marchés, alors que l'article 1171 du Code civil non. Pas du tout. Ce dernier est plus modeste, et cherche à protéger le consentement général de quelqu'un qui ne lirait pas

les Conditions Générales de vente par exemple, ce qui arrive la plupart du temps. Et le régime n'est pas le même non plus... Le cumul est possible alors pour certains auteurs.

2^e mission : Le devoir du juge de se prononcer sur l'avenir des règles jurisprudentielles antérieures à la réforme mais non codifiées. Que deviennent-elles ? Selon l'arrêt « Les Maréchaux », le créancier même de mauvaise foi peut demander le paiement de sa créance. On peut se demander si, la bonne foi étant insérée dans les dispositions liminaires, au nom de ce nouveau statut, on ne pourrait pas considérer que la règle jurisprudentielle sera modifiée ? Vu le statut, la portée de ce devoir de bonne foi, la jurisprudence pourrait opérer un revirement et le créancier, parce qu'il est de mauvaise foi, pourrait se voir interdire le droit de réclamer le jeu des prérogatives contractuelles conférées. Tout cela dépendra des principes de liberté, de sécurité, de bonne foi, de loyauté, de l'articulation entre ces principes, et du choix opéré par la Cour de cassation : si la sécurité prime sur la loyauté, ou si la bonne foi est si importante qu'elle doit neutraliser la sécurité, notamment dans ce genre de cas.

3^e mission : c'est sans doute la mission qui fait le plus peur aux praticiens : compléter la réforme. La loi est une suite de mots. On connaît les standards. Il y a une délégation du législateur, notamment pour les standards. On les connaît, mais là, le législateur a chargé la barque judiciaire. Surtout que parfois la règle dépendra de ce que l'on va faire du standard. La confiance dans l'abus de dépendance nouveau par exemple, il faut en tirer un avantage manifestement excessif. Exemples de standards : la disproportion manifeste pour exécution forcée ; ou la vedette des standards dans la réforme : le mot « raisonnable » : le coût raisonnable, la personne raisonnable... La personne raisonnable, c'est le juge.

4^e mission : le pouvoir du juge de réviser le contrat ou ses clauses. Il y a la révision judiciaire pour imprévision. Exécution imparfaite du contrat, le juge peut réduire le prix quand le créancier l'a déjà payé. Il y avait déjà auparavant l'action estimatoire mais seulement dans certains cas spéciaux tels que la vente. Là c'est gravé dans le marbre du Code civil. Et article 1170, clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle... Potentiel de feu cet article ! Qu'est-ce que c'est que l'obligation essentielle ? On considère que ce texte donne au juge un pouvoir de réfaction du contrat, pouvoir illimité de rédaction des conventions.

3 : Les praticiens :

La liberté contractuelle est importante, pour ceux qui rédigent le contrat sur mesure. Là ils ont un boulevard. L'ordre public n'est pas très envahissant dans la réforme. Beaucoup de textes sont supplétifs. Exemple : l'ancien article 1134, on sait qu'on a ce principe de l'exécution forcée en nature, gravé dans le Code civil (avant aussi mais réduit, manquait de netteté). C'est culturellement un dogme. Respect du principe de la parole donnée, distingue de la Common Law, on peut racheter sa faute en payant pour régulariser le contrat ; mais ce texte n'est pas d'ordre public. On pourra ne pas faire en nature. Application de cette règle lorsqu'il y a rétractation pendant délai d'option, (seulement dommages-intérêts auparavant) : La réforme a écouté la doctrine et considère que lorsque le promettant se rétracte, cela n'empêche pas formation du contrat... Ce texte n'est cependant pas d'ordre public, la sanction pourrait être a priori aménagée par une clause prévue à cet effet.

La liberté contractuelle contre l'article 1221 du Code civil : exception au principe d'exécution forcée, et à la disproportion manifeste dans cette exécution. Certains arrêts étaient délirants, une piscine devait être détruite et reconstruite s'il y avait 3 marches au lieu de 4... On a voulu avec l'article 1221 écarter l'exécution en nature lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le

débiteur et son intérêt pour le créancier, et ainsi créer une exception d'ordre économique. Mais il s'agit là d'une atteinte fatale au principe de la force obligatoire. On peut imaginer une clause contraire à ça. Selon M. Yves Marie Laithier, il s'agirait avec cette clause d'obtenir du débiteur ce qu'il a exactement promis. Mais cette clause aurait à contourner l'obstacle de la réserve d'abus. Car cette exception d'ordre économique est surtout là pour lutter contre un abus.

La liberté contractuelle contre le pouvoir du juge de réviser le contrat. Tout le mécanisme qui peut aboutir à la révision judiciaire du contrat peut être écarté par une clause, qui prévoit qu'une partie peut assumer le risque, comme on peut assumer le risque de force majeure. On peut aménager tout le processus de l'article 1195, préciser les circonstances extérieures imprévisibles et celles qui ne le déclencheront pas (juste une circonstance économique ou juridique par exemple), ou le mécanisme lui-même. On pourrait aussi dire que le juge contrat ne pourra que résilier le contrat, ou le réviser ! On peut parfaitement neutraliser sinon aménager le nouvel article 1195 du Code civil.

4 : les étudiants :

Je me promène sur les quais, je vois la première édition reliée de l'ouvrage de droit des sociétés de Me Yves Reinhard, et son prix est indiqué à 3 euros, et je sais que cet ouvrage vaut beaucoup plus que ça. Je ne dis rien, je me tais. Le bouquiniste 15 jours après apprend que ça vaut plus ! Peut-il demander la nullité pour réticence dolosive ? Selon des auteurs, la jurisprudence Baldus est maintenue, il n'y a pas d'obligation d'information par l'acquéreur fut-il professionnel. Pas de dol, pas de nullité pour dol. Il n'y a qu'à lire le rapport, selon lequel Baldus est maintenu. Il y a certes une obligation d'information, mais qui ne porte pas sur la valeur.

François Chénéde dirait l'inverse : l'obligation d'information au regard des textes⁷ est désormais rattachée au devoir de bonne foi. Est de mauvaise foi celui qui intentionnellement n'informe pas l'autre d'une information dont l'importance est déterminante pour son consentement. Ne pas dire au bouquiniste que le livre coûte beaucoup plus cher serait alors sanctionnable sur le principe de la mauvaise foi.

Qui a raison ? Toujours le même problème, on aura beau discuter de tout, le verdict appartiendra à la Cour de cassation.

Table ronde n°1 : Droit transitoire : Principes simples et cas complexes.

Alors que le projet d'ordonnance soumis à consultation ne prévoyait aucune mesure transitoire, l'ordonnance définitive n'en a pas fait l'économie.

C'est l'alinéa 2 de l'article 9 de l'ordonnance qui pose le principe de survie de la loi ancienne. Selon ce principe, la loi nouvelle ne s'applique pas aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de loi fixée le 1^{er} octobre 2016.

L'alinéa 3 de cet article 9 prévoit que seules les interpellations interrogatoires en matière de représentation, pacte de préférence et nullité seront d'application immédiate. C'est l'alinéa 4 de cet article qui prévoit une exception venant se superposer à la première lorsqu'une action en justice est engagée avant le 1^{er} octobre 2016 selon laquelle c'est le droit ancien qui doit s'appliquer.

Si Portalis écrivait dans son discours préliminaire au Code civil que « l'on ne simplifie pas en prévoyant tout », le marquis de la Palisse lui aurait répondu qu'en prévoyant peu on ne simplifie pas tout.

En dépit de ces précisions utiles, l'article ne répond pas à tous les cas complexes posés par la pratique. Tel est le cas par exemple du renouvellement ou de la prorogation des contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016. Tel est également le cas des contrats d'application conclus postérieurement au 1^{er} octobre 2016 en vertu d'un contrat cadre antérieur au 1^{er} octobre 2016. Que dire également de l'offre émise avant le 1^{er} octobre 2016 puisque l'ordonnance consacre la théorie de réception tandis que la jurisprudence était hésitante ? Qu'en est-il des sanctions de l'inexécution du contrat ?

Un principe simple mais des cas complexes. On pourrait imaginer que Lamartine, se trouvant dans l'assemblée, se soit levé et que dans un élan il se soit écrié O temps suspends ton vol. A n'en pas douter, cette solution n'aurait pas résolu tous les problèmes que pose le passage du droit ancien au nouveau droit des contrats.

Monsieur le Professeur François Chénéde :

Le Master 2 qui organise cette conférence a été créé l'année de la réforme, ce qui est une très bonne idée. Un an déjà cette réforme. Pour ce qui nous intéresse, 4 mois depuis son entrée en vigueur, à savoir le 1^{er} octobre 2016. C'est autour de cette date que se nouent les conflits de lois dans le temps pour cette loi nouvelle.

Les règles sont simples comme elles le sont toujours en droit des contrats concernant l'application de la loi dans le temps. Des principes simples, pour des cas parfois complexes.

Ce texte ne dit pas tout, de manière volontaire. On a pu reprocher à la Chancellerie et au Gouvernement de ne pas en dire plus sur le conflit de lois dans le temps. La doctrine n'en a pas assez discuté. Personne n'a pris le temps avant l'ordonnance de vouloir écrire quelque chose de plus complet, aucun projet ou avant-projet n'en parle.

Il faut avoir les bons réflexes sur cette question, sur les méthodes de résolution.

I Principe : survie de la loi ancienne.

Article 9, alinéa 2 de l'ordonnance : les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne. Cela se justifie, ce serait porter atteinte aux prévisions légitimes des parties que de dire l'inverse. Il reste des questions quand le contrat commence avant le 1^{er} octobre 2017 mais dont la conclusion définitive est postérieure.

Le Code civil nouveau donne la solution de principe : article 1121 : « Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant ; il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue ». La théorie de la réception de l'acceptation est codifiée par l'ordonnance. La date définitive est donc la date de réception.

Application de la loi dans le temps pour les contrats prorogés, renouvelés ou reconduits : On a la chance d'avoir de nouveaux textes. Le contrat peut être prorogé si cela ne porte pas atteinte au droit des tiers. Il s'agit du même contrat donc le droit antérieur est applicable. Renouvellement ou reconduction : article 1214. Le renouvellement donne lieu à un nouveau contrat, donc la loi applicable à un contrat conclu avant et renouvelé après : c'est le droit nouveau qui s'appliquera.

_ Hypothèse de contrat modifié : par les parties, par avenant, après 1^{er} octobre 2016.

Avant : loi nouvelle, mais le contrat de base ? S'agit-il d'un avant novatoire ou non ? Ont-elles voulu modifier telle partie du contrat ou alors donner naissance à un nouveau contrat ? Le mieux c'est de le dire dans l'avenant. Il faut préciser si ce n'est qu'un contrat qui modifie certains points, ou au contraire, s'il a pour but de donner naissance à un nouveau contrat ! En le stipulant, on peut en tirer la conclusion adéquate pour le régime.

_ Les contrats à formation ou dont la réalisation est échelonnée : Il n'y a pas toujours un coup de foudre contractuel, si la formation s'étale d'avant à après la date du 1^{er} octobre 2016, quelle est la loi applicable ? Un contrat conclu avant sous condition suspensive, qui se réalise après ? Ce n'est pas évident... La condition suspensive n'opère plus rétroactivement aujourd'hui. Ainsi, pour certains c'est le jour de la réalisation de la condition, c'est à cette date que se fera le contrat. Mais appliquer le droit nouveau à un contrat écrit, pensé, sous l'empire d'un droit antérieur, porte avant la prévision des parties. Le contrat est conclu avant le 1^{er} octobre 2016.

_ Le cas de la promesse unilatérale conclue avant, avec une levée d'option postérieure. La promesse étant conclue avant le 1^{er} octobre, le droit applicable est le droit antérieur. Mais question pour le contrat conclu après levée d'option. Il se conclut au jour de la levée d'option donc le droit nouveau sera applicable.

_ Autre hypothèse encore, les contrats-cadres et leurs contrats d'application. Les contrats-cadres conclus avant 1^{er} octobre 2016 se verront bien sûr appliquer l'ancien droit, mais les conventions d'application ? Pas d'unanimité chez les commentateurs. Le Professeur François Chénéde pense que ce serait le droit nouveau, car on conclut en pleine connaissance et conscience de la loi nouvelle. Ce qui est répondu c'est qu'il faudrait une unité du droit applicable, pourquoi appliquer un droit différent ? Le Professeur comprend l'idée mais pas le fondement : en effet on ne voit pas en quoi la scission lèserait l'intention des parties.

II. Application immédiate :

L'alinéa 3 de l'article 9 de l'ordonnance pose 3 dispositions : articles 1123, 1158, et 1183 du Code civil, les actions interrogatoires, qu'on appelle aussi interpellations interrogatoires. Ce sont celles par lesquelles une partie demande à son partenaire de prendre position.

_ Article 1123, pacte de préférence : donne possibilité à un tiers d'interroger le bénéficiaire du pacte de préférence. Il doit répondre dans le délai de 3 mois, sinon il ne peut plus s'en prévaloir. Ce texte est immédiatement applicable aux pactes de préférence conclus avant 1^{er} octobre 2016. On peut s'éviter une action en nullité postérieure.

_ Article 1158 : le mécanisme est le même, possibilité d'interroger un prétendu représentant pour être certain qu'il ait les pouvoirs de passer tel ou tel acte. Délai raisonnable, s'il ne le fait pas, l'acte ne pourra pas être contesté. 1183 : permet en cas de nullité relative, non pas à la victime du vice, mais au cocontractant de la victime du vice, de confirmer l'acte. Délai de 6 mois pour savoir s'il va ou non demander nullité ou confirmer. Après réputé confirmé. Cet article est immédiatement applicable.

Maître Valentin Martinez : Les principes sont simples, mais parfois les situations sont complexes.

Si nous nous limitons à une application littérale du texte, sauf les exceptions que l'on vient de voir, aucun contrat conclu avant le 1^{er} octobre 2016 ne devrait donner lieu à une discussion impliquant le nouveau droit, textuel en tout cas.

En vérité, à défaut de droit transitoire *général écrit*, la jurisprudence applique son propre *droit transitoire*, et - point fondamental- elle **s'affranchit** des dispositions transitoires particulières des textes. En l'occurrence, nous le pensons de cet article 9. **C'est l'objet de cette partie.**

Pour introduire et illustrer notre propos, spécialement sur le pouvoir d'appréciation du juge au-delà des arguments juridiques et doctrinaux plutôt complexes, je commencerai par un exemple caricatural simple qui concerne une autre grande réforme du droit des contrats et obligations, le Code civil lui-même.

Nous connaissons tous l'arrêt *Canal de Craponne*, 1876, refus de l'imprévision, infiniment cité et commenté, à l'intérêt renouvelé compte tenu des dispositions de l'ordonnance sur l'imprévision.

Il y a un point qui nous intéresse plus spécifiquement sur cette table ronde relative à la loi dans le temps et les contrats, qui a été éclipsé par les discussions doctrinales sur l'imprévision et la force obligatoire des contrats...

En effet, rappelons qu'il s'est agi d'un **contrat de 1567** dont le prestataire, Marquis de Galliffet, a demandé en 1834, soit trois siècles plus tard, révision de sa redevance nominale fixée par ses ancêtres.

Tout le monde sait que la Cour de cassation cassera l'arrêt de la Cour d'Aix au visa de l'article 1134 Code civil, moyen de cassation par ailleurs.

Donc, la Cour de cassation a appliqué à un contrat une loi nouvelle promulguée près de 300 ans après sa conclusion ! en 1804.

C'est dire que le juge prend des libertés avec l'article 2 du Code civil.

La Cour s'en explique dans ses attendus, sachant qu'il n'est pas question de renouvellement donnant lieu à un nouveau contrat vu le raisonnement.

1^{ère} chose :1134 reproduirait un principe« *Constamment suivi depuis*» certes -encore que cette affirmation est à vérifier vu le droit d'ancien régime et vu les décisions exactement inverses des juges du fond à plusieurs reprises- mais là n'est pas la question du point de vue loi dans le temps, la question est l'étaient-ils en 1567 ?

2^e chose : 300 ans se sont écoulés, certes, mais rien ne dit que la loi ancienne ne survive qu'un temps limité. L'ordonnance ne dit pas en son art. 9 « *les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne pendant un délai de x années* ».

Bien entendu, le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle est loin d'être absolu et on le comprend aisément dans ce cas.

Ceci illustre le fait que le droit transitoire censé ne lier que le juge et non le législateur dépend en fait très largement de son pouvoir d'appréciation et de considération de politique juridique.

Précisément, le *principe de survie de la loi ancienne* laisse place à un autre principe que l'on peut voir comme une règle concurrente plutôt que comme une exception : celui de *l'effet immédiat de la loi nouvelle sur les situations en cours* appliqué de longue date par la jurisprudence.

PRINCIPE D'APPLICATION IMMÉDIATE DE L'ORDONNANCE

Il faut avoir égard à ses origines doctrinales pour bien le comprendre.

1. ORIGINES DOCTRINALES

■ Deux théories principales coexistent et se complètent à certains égards :

- **Théorie des droits acquis** : qui distingue *droit acquis* et *expectatives*. Les 1^{ers} demeurent soumis à la loi ancienne les 2^{ndes} se voient appliquer la loi nouvelle. Théorie plutôt conservatrice.
 - ⇒ Nous connaissons l'équivalent en droit social avec les *avantages individuels acquis* en matière de succession de conventions collectives (pas de loi) dans le temps en cas de restructuration. Protection très conservatoire compréhensible.
 - ⇒ Ici tout droit né d'un contrat est acquis et toute modification par une loi postérieure serait nécessairement rétroactive, donc prohibée par l'art 2 cc.
 - ⇒ Elle porte le principe de survie (≠ non rétroactivité).
- **Théorie de l'effet immédiat qui, elle, hâte l'application de la loi**. Source allemande et inspirée de concepts développés par **Roubier** (1928), qui part d'une autre distinction fondamentale : *faits accomplis* et *situation en cours*. L'application immédiate de la loi nouvelle à une situation en cours n'est pas une application rétroactive.

La loi agit donc dans le temps de 3 façons :

1. Loi nouvelle rétroactive : elle défait ou refait le passé comme si la loi ancienne n'avait pas existé.
2. Survie de la loi ancienne : ce qui était valable le demeure, ce qui était annulable le demeure comme si la loi nouvelle n'existait pas.
3. Une troisième voie : l'application immédiate de la loi nouvelle aux situations en cours (de création, d'extinction, d'effet), bien connue en matière extracontractuelle, situation légale ou en droit du travail. Les contrats de travail sont constamment modifiés par les lois nouvelles.
 - ⇒ la loi nouvelle s'applique aux situations juridiques qui ont pris naissance antérieurement, pour régir seulement, mais immédiatement, leurs « effets » à venir, en respectant les « conditions de création ou d'extinction » de ces situations, ainsi que leurs « effets » passés, consommés.

NB : Roubier **exclut** l'effet immédiat pour les contrats.

2. Application par le droit transitoire prétorien en matière contractuelle

2.1 Enoncé de la règle :

- La jurisprudence admet l'application immédiate de la loi nouvelle (i) aux d'effets dits *légaux* du contrat et (ii) *en cours*, de sorte qu'il n'y ait pas de rétroactivité. Donc double limite.
- **Cette règle a été énoncée dans un Avis du 10 février 2015 par la C. Cass** : à propos de l'application aux baux d'habitation en cours de la disposition de la loi ALUR qui a porté de 2 à 3 ans du délai de grâce :

« La loi nouvelle régissant immédiatement les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées. ».

Il y a 3 mois, un arrêt : 17/11/2016 3^e civ. applique cette règle pour une autre disposition de la loi ALUR.

- Position s'inscrivant dans la continuité de nombreuses décisions antérieures, comme l'indique la Cour dans sa note explicative. Exemples significatifs :
 - 3^e civ 3/07/2013 : particulière portée normative s'agissant d'une cassation avec une large publicité (FS-P+B) : application aux baux commerciaux en cours de la loi LME sur le préavis du congé.
 - Cass. ch. mixte 13 mars 1981, portée normative plus forte.

2.2 Qu'en est-il en cas de présence de dispositions particulières expresse de la loi

Ces règles s'appliquent s'applique même en présence d'une stipulation particulière.

Dans son rapport annuel 2014, la Cour indique au Livre 3 : Etude - Le temps : « *La Cour de cassation, **peu important l'existence d'une disposition particulière, se reconnaît le pouvoir de dire si la loi nouvelle s'applique immédiatement ou non*** ».

Ainsi, l'article 14 de la LOI ALUR contient une disposition semblable à celle qui nous occupe, c'était d'ailleurs l'un des moyens de cassation rejeté. Et donc malgré le texte la C. Cass a appliqué sa doctrine.

Selon la note explicative de l'avis : « *l'article 2 du code civil qui s'applique indépendamment de l'existence des dispositions transitoires prévues par l'article 14 de la loi ALUR, qui ne visent que ce qui entre dans le champ contractuel du bail.* »

Nous pouvons donc poser que l'article 9 de l'Ordonnance n'est pas en soi un obstacle à l'application de cette règle de droit transitoire.

Mais, il convient d'être prudent car : « *le pouvoir de dire si* » : la jurisprudence dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

Evidement politique juridique.

S'ajoute à cela l'imprécision du critère d'effet légal !

2.3 Deux conditions :

- **Évidente, elle exprime la nécessité de non rétroactivité, situation en cours.**
- **NOTIONS D'EFFETS LÉGAUX DU CONTRAT :**
- **Critère très difficile à mettre en œuvre car flou mais surtout car en vérité le principe même dit de l'autonomie de la volonté n'est bien qu'un effet légal.**

- Il faut analyser l'origine de l'obligation ou du droit : légale, la loi nouvelle s'applique immédiatement ; si elle est contractuelle, il y a survie de la loi ancienne.
- Effet attaché par la loi au contrat, produit indépendamment de la volonté des parties.
- Contenu du contrat si impérativement fixé par la loi que le contrat doit être assimilé à une situation légale, justifiant que ses effets futurs soient régis par la loi nouvelle.
- Dans sa note explicative, la C. cass indique qu'il faut entendre par effet légal « *non pas d'un dispositif soumis à la liberté contractuelle des parties mais d'un pouvoir accordé au juge par la loi* », de paralyser la mise en œuvre de la clause résolutoire.

Exemples jurisprudentiels :

1. **opposabilité de la clause de réserve de propriété** en cas de procédure collective,
2. **action directe** instituée par la loi 75-1334 du 31 déc. 1975 en matière de sous-traitance,
3. droit au **renouvellement** (du bail) et ses modalités,
4. **plafonnement** légal des loyers,
5. **la tacite reconduction** est un effet de la loi et non de l'accord des parties, en cas de poursuite dans le silence des parties,
6. le préavis du congé.

3. APPLICATION À NOTRE ORDONNANCE

3.1 Question préalable, y a-t-il eu une modification ?

Sinon évidemment pas de *conflit* de loi !

3.2 Applications

Nous n'avons pas suffisamment de recul mais certaines décisions peuvent d'ores et déjà être citées.

a) Exclusion de toutes les règles sur la formation du contrat

Car ce qui était valable le demeure sous peine de rétroactivité.

Art 1171 sur la clause abusive des contrats d'adhésion / Violence par exemple.

b) Imprévision

La Cour d'Aix a implicitement admis son application future immédiate.

« si l'ordonnance consacre la possibilité pour les parties d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances et la suppression par le juge de la clause qui crée un déséquilibre significatif entre leurs droits et obligations, il convient de noter que cette ordonnance n'entrera en vigueur qu'à compter du 1er octobre 2016. »

Cour d'appel, Aix-en-Provence, 11e chambre A, 21 Juin 2016 – n° 15/10056

Elle ne dit pas contrat conclu à compter de ..., ce qui est complètement différent.

c) Contrats cadres : 1111 C. civ.

Le changement est mineur mais tout de même sur la motivation du prix en cas de contestation du prix, cette obligation est intéressante pour le client, notamment pour la preuve de l'abus.

Nous pouvons voir dans cette obligation de motivation un effet légal, qui pourrait donc s'appliquer immédiatement aux contrats d'applications à venir.

d) Exception pour risque d'inexécution

C'est pareillement un effet légal, en ce sens que l'on peut considérer qu'il s'agit d'un pouvoir accordé à une partie par la loi, qu'il fallait demander en référé. Il en sera question toute à l'heure.

e) Résiliation

On peut aussi conclure à un effet attaché par la loi au contrat, produit indépendamment de la volonté des parties.

Cour d'appel, Besançon, 1re chambre civile, 13 Décembre 2016 – n° 15/02281 (Contrat 2013).

Attendu qu'en vertu des dispositions combinées des articles 1224 et 1228 du code civil, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, entrée en vigueur le 1er octobre 2016, la résolution résulte, soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice, le juge pouvant, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution, ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages-intérêts ;

f) Restitutions

Oui selon la doctrine en tout cas deux auteurs (MERCADAL, SEUBE).

Même arrêt : Attendu qu'en vertu de l'article 1229 du même code, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procurées l'une à l'autre lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu ;

1229 : « *Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.* »

g) Réduction du prix en cas de prestation défectueuse (art. 1123)

Idem. Effet attaché par la loi au contrat, produit indépendamment de la volonté des parties.

h) Modération de l'exécution en nature

Effet légal.

i) Caducité : Rejet d'application immédiate

« *Il y a lieu, sur ce dernier point, de rappeler à la société Carrefour que les dispositions du nouvel article 1186 du code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, sont inapplicables aux contrats conclus antérieurement au 1er octobre 2016.* »

Cour d'appel, Montpellier, 2e chambre, 29 Novembre 2016 – n° 14/06903

j) Cession de créance : Rejet d'application immédiate

C'est encore de manière particulièrement inopérante que les époux J. invoquent les nouveaux articles 1323 et 1324 du code civil, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, prenant effet au 1er octobre 2016, et comme tels inapplicables au présent litige.

Table ronde n°2 : Parties et juge : quel équilibre dans la réforme ?

L'un des aspects majeurs est la place du juge. Il semble qu'un élargissement des pouvoirs du juge ait été critiqué. Mais il est le plus à même de régler le problème.

Depuis 1804 on l'éloigne, au nom de la liberté contractuelle. Mais la société civile veut le juge pour régler les litiges, c'est son rôle.

Emergence des standards juridiques, fixation en matière de prix, révision... On lui a donné plus de pouvoir. Mais d'autres dispositions de la réforme, notamment la résiliation unilatérale, veulent l'éloigner. On va assister à un nouvel équilibre entre le juge et les parties.

Madame le Professeur Blandine Mallet-Bricout :

La place du juge est au cœur de la réforme. Plusieurs lectures de la réforme, sûrement selon ce que chacun souhaite y voir. On sait que la réforme vient en premier lieu consacrer la jurisprudence, ce qui atténue *a priori* la crainte d'un interventionnisme redouté du juge dans la matière contractuelle. Articles 1167 ou 1170 par exemple, la réforme comporte bien des nouveautés, qu'il s'agisse de définitions nouvelles ou de mécanismes juridiques nouveaux. Ce constat va susciter des questions : sont-elles suffisamment claires ? Comment seront interprétés les standards, qui sont nombreux dans cette réforme ? Comment vont réagir les praticiens du droit ? Notamment certains instruments qui ont pour objet d'éviter le juge. Est-ce que les praticiens se sentent en situation de sécurité juridique ou au contraire subsiste-t-il une potentielle insécurité ?

Il y a plusieurs inconnues qui permettent de réfléchir. Toutes les dispositions de la réforme n'entraînent pas les mêmes enjeux sur l'intervention du juge dans le contrat. Nous allons recueillir avec Monsieur Thierry Gauthier le point de vue d'un juge, puis nous verrons un exemple de disposition dans la réforme, par laquelle le juge est autorisé à intervenir.

Monsieur Thierry Gauthier :

Sentiment du juge sur cette réforme : à titre préliminaire, il me semble que, de manière générale, les réformes législatives sont envisagées avec une certaine appréhension par le milieu judiciaire : elles modifient les repères juridiques, elles compliquent souvent le travail juridique en ce qu'elles obligent à traiter dans le même temps des dossiers comportant les anciennes et les nouvelles normes.

A cet égard, en raison des modifications profondes du droit qu'elle induit, la réforme du droit des obligations s'avère potentiellement très anxiogène. Cependant, cette anxiété peut être probablement adoucie en raison de la déclaration de confiance à l'égard du juge que me semble constituer cette réforme, au-delà et contrairement à ce qu'il y paraît, car tel n'est pas l'objectif premier de la réforme, qui vise à améliorer la sécurité et l'attractivité du droit des contrats.

Or, tout en prévoyant pour les parties des prérogatives extra-judiciaires, la réforme jette les nouvelles bases d'un équilibre contractuel dont le juge est érigé en gardien.

Il y a ainsi injonctions contradictoires : s'il y a un vrai objectif de réduire l'intervention du juge dans le contrat, on veut aussi lui donner plus d'importance à son appréciation dans la sphère contractuelle : c'est moins de juge pour plus de juge.

Moins de juge : C'est dans l'air du temps : la loi du 18 novembre 2016 portant modernisation de la justice du XXI^e siècle permet le divorce sans intervention du juge et fait reculer encore l'intervention de celui-ci en matière de surendettement.

La réforme du droit des contrats va dans le même sens.

Tout d'abord, elle repose sur un souhait d'intégrer des solutions jurisprudentielles antérieures au code : le pouvoir du juge dans l'interprétation de la règle devrait s'en trouver nécessairement diminué. Ensuite, on peut dire que la suppression de la cause est une manière d'essayer d'écarter une forme d'intervention du juge dans le contrat, même si, en réalité, la problématique de la cause revient sous d'autres aspects.

Evidemment, on pense aussi aux trois nouvelles interpellations interrogatoires, à la possibilité offerte au créancier, en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat, d'exécuter lui-même, sans autorisation du juge, tout en proposant au débiteur une réduction du prix. Le contrat peut aussi être rompu d'un commun accord, ou encore être résilié de manière unilatérale. Tout cela vise à écarter le recours au juge en matière contractuelle.

Mais en réalité, l'ensemble de la réforme tend à accroître l'intervention du juge dans le contrat.

Plus de juge : on peut constater un accroissement de ses possibilités d'intervention :

- introduction de nouveaux mécanismes légaux qui impliquent l'intervention du juge dans la sphère du contrat : obligation de bonne foi et d'information lors des négociations, violence par abus d'état de dépendance, prohibition générale des clauses abusives dans les contrats d'adhésion... et plus particulièrement encore avec une des dispositions phares de la réforme : l'imprévision.

- référence des textes à de nombreux standards, l'ordre public, la bonne foi, le raisonnable. On pense au motif ou refus ou croyance ou ignorance légitime, au caractère proportionné/disproportionné. Certains sont connus : ordre public, bonne foi, motif légitime, déséquilibre significatif... mais d'autres sont plus énigmatiques (raisonnable) et l'application du texte pourra devenir difficilement prévisible lorsqu'elle imposera l'application cumulative de plusieurs standards (imprévision).

L'appréciation de ces standards par le juge peut soulever deux questions :

/ Les praticiens pourront-ils les encadrer ? A priori non, mais les parties pourraient préciser contractuellement les limites qu'ils envisagent pour l'application de ces standards (quelle est l'estimation du coût ou la durée du délai raisonnable) et donner ainsi des éléments d'appréciation au juge. Toutefois, cela devrait étendre le champ de la négociation et alourdir la rédaction des contrats.

/ Quel contrôle la Cour de cassation va-t-elle pouvoir faire sur ces standards ? Souvent, la Cour de cassation, lorsqu'une opération de qualification juridique repose essentiellement sur des données factuelles, estime qu'elle relève du pouvoir souverain du juge du fond (exemple avec la bonne foi, ils l'ont dit clairement), ce qui limite le contrôle qu'elle peut effectuer.

L'intervention du juge dans le contrat : « chassez le juge par la porte, il revient par la fenêtre », dit Laurent Aynès. Mais en réalité, on le fait plutôt revenir. Cette réforme suscite à cet égard des interrogations quant à la capacité de l'institution judiciaire à répondre, ne serait-ce que sur un plan purement matériel, à cette demande de juge. La longueur des délais de traitement des procédures, que notre Institution judiciaire est malheureusement en mesure de proposer, pose de réelles questions quant à l'efficacité des dispositifs et, au-delà, à l'attractivité de ce droit nouveau.

Autre question : quelles sont les voies procédurales qui pourront être adoptées par ces textes ? Pourra-t-on envisager par exemple que certains de leurs nouveaux mécanismes puissent être mis en œuvre dans le cadre de la procédure de référé ?

La réforme n'en est qu'à ses premiers pas, bien sûr, et ce qui a été dit n'est que prospectif. Toutefois, on peut déjà envisager qu'elle impose que soit déterminée la portée d'une grande partie des règles qu'elle propose et qu'une période assez longue d'expérimentation sera nécessaire, ce qui crée un autre paradoxe de la réforme, en ce que celle-ci défend un objectif de sécurité juridique, qui repose sur la prévisibilité et la certitude de la règle. Cet objectif n'est certainement pas inatteignable, mais s'il est, ce ne sera qu'à terme.

Madame le Professeur Blandine Mallet-Bricout :

Prenons l'exemple d'une disposition emblématique de la réforme : l'imprévision (art. 1195 nouveau du Code civil).

Il s'agit d'un interventionnisme légal du juge, au contraire d'autres cas dans lesquels le juge pourra être amené à intervenir, non pas parce que le législateur le souhaite, mais en raison d'imprécisions des textes qui vont susciter leur nécessaire interprétation (par exemple les dispositions relatives à la cession de contrat, qui posent plusieurs questions importantes).

L'imprévision est l'hypothèse dans laquelle il y a eu échec de la renégociation entre les parties. Elles peuvent opter soit pour la résolution du contrat, soit pour la saisine du juge. Cela confère un nouveau rôle assez inédit au juge : celui de potentiel rédacteur de contrat ! Certains y voient une « 3ème partie au contrat », ce qui constitue un rôle intrusif dans les relations d'affaires. Et il faudra recourir à un expert, cause probable de rallongement des procédures.

Quels seront les critères d'adaptation ? Lourde charge pour le juge, qui devra a priori tenter de trouver un équilibre contractuel. Or, on sait que l'équilibre contractuel n'est pas un principe de droit des contrats, mais un problème de philosophie du droit des contrats. Et si les parties ne s'accordent pas, le juge n'est pas encore sorti d'affaire, car à défaut d'accord dans un délai raisonnable, il peut, à la demande d'une partie, résilier ou mettre fin au contrat.. Le juge devra apprécier le caractère raisonnable ou non du délai pris par les parties pour tenter de s'accorder. Admettons que le délai raisonnable soit caractérisé : le juge pourra alors réviser, donc adapter le contrat, ou y mettre fin, à la demande d'une seule partie. Pouvoir extraordinaire du juge avec des incertitudes : le juge devra-t-il s'en tenir à la demande ou conserve-t-il le choix de réviser ou mettre fin selon ce qui lui paraît être le plus juste ? Doutes dus à la rédaction de l'article. Règles de procédure civile : le juge est lié par la demande. C'est accorder un pouvoir important à la première personne qui saisit le juge. On peut souligner que dans plusieurs droits étrangers le juge a un pouvoir d'appréciation. Le juge est aussi libre de fixer la date, potentiellement rétroactive.

Le nouvel article 1195 ouvre une porte au juge ... ce qui encourage les parties à gérer la renégociation du contrat. Il reste nécessaire de prévoir des clauses de *hardship* et de renégociation, afin justement d'éviter l'application de cette disposition nouvelle. On peut préconiser de gérer dans le contrat les modalités d'une négociation de manière précise, d'autant plus que l'article 1195 alinéa 1^{er} évoque des circonstances sans plus de restriction (ce qui est très large). On ne sait pas non plus comment le juge va apprécier « l'exécution excessivement onéreuse ».

Cela dit, il n'est pas certain que prévoir une clause concurrente de l'article 1195 permette de l'écartier conventionnellement. Le nouveau pouvoir du juge d'adapter ou de résilier le contrat est-il d'ordre public ? Le Rapport au Président de la République évoque le caractère supplétif du texte, mais ce n'est qu'un rapport (il vaut travaux préparatoires), et que recouvre ce caractère supplétif ? Il s'agit en réalité de supporter la charge du risque (v. le rapport et l'art. 1195) ... ce qui exclut toute action sur le fondement de l'imprévision par essence. Cela ne revient pas pour autant à gérer les autres possibilités d'aménagement conventionnel de la procédure d'imprévision. Certains commentateurs considèrent que la clause qui prévoit de faire supporter tout le risque sur une partie écarterait l'article 1195, mais à quel prix ? Une partie doit alors supporter tout le risque, ce qui n'est pas forcément réaliste dans tous les contrats... D'autant plus que, selon la façon dont est rédigée la clause, l'on pourrait voir revenir le juge sur le fondement des articles 1171 et 1170 c. civ. Tel que l'article 1195 est rédigé, le caractère supplétif ne vise pas la possibilité pour une partie de modeler par avance les conditions d'application de l'article 1195 (lorsqu'il serait mis en œuvre), et notamment le pouvoir du juge. Selon Madame le Professeur Blandine Mallet-Bricout, il n'est pas du tout certain qu'une clause contractuelle puisse, par exemple, imposer au juge saisi de seulement réviser ou seulement résilier le contrat. Débat avec la salle, le texte aurait sans doute mérité quelque clarification sur ce point essentiel. En tout état de cause, l'art. 1195 doit être envisagé comme une « roue de secours », il est d'autant plus important de prévoir une clause de renégociation mûrement réfléchie dans les contrats qui s'exécutent dans la durée.

Table ronde n°3 : Les sanctions de l'inexécution du contrat : rupture ou continuité ?

Monsieur le Professeur Olivier Gout : montée en puissance de l'unilatéralisme. Forme de déjudiciarisation de la matière.

Pourquoi avoir voulu faire disparaître le juge ? Humanité pour le débiteur, force obligatoire du contrat aussi. C'était enfin pour tirer les conséquences de l'anéantissement du contrat. Pourquoi rompre avec cette tradition de l'intervention du juge ?

Il s'agissait avant tout de faire prévaloir l'efficacité économique, et de reprendre un modèle qui aurait fait soi-disant ses preuves à l'étranger. Mais si c'est spectaculaire, ça ne l'est qu'en apparence. Soit les parties sont d'accord, dans ce cas elles ne vont pas aller devant le juge. Soit les parties ne s'entendent pas, et alors elles vont aller devant le juge.

Aussi pour relativiser, a priori, s'agissant des sanctions de l'inexécution du contrat, on est dans des règles supplétives de volonté. Les parties auront donc en amont la possibilité de gérer cette question.

Concernant l'exception d'inexécution : Inutile de s'y attarder trop longtemps, règle déjà bien admise. Se contenter de souligner que même si le texte ne le précise pas, il faut informer le cocontractant de sa volonté de le faire, sinon mauvaise foi. Recourir à un écrit pour la preuve, cette information doit se faire dans les meilleurs délais pour pas que l'autre puisse se prévaloir d'un préjudice.

On peut reprocher à la réforme de n'avoir pas complété la jurisprudence et résolu les quelques difficultés qu'elle soulevait. Par exemple, est-ce que le fait de ne pas payer suffit à déclencher l'exception d'inexécution ? Si ce n'est pas une inexécution grave mais qu'elle est répétée ? Dans certains contrats y a une pénalité de retard, est-ce que je peux suspendre mon exécution mais en même temps exiger le paiement de cette pénalité ? Il faut donc être attentif à la rédaction pour éviter toutes ces questions.

3 difficultés posent question : savoir si le risque d'inexécution était là dès le début du contrat, ou s'il est survenu ensuite ? / la question de l'inexécution manifeste (ce ne sera pas évident à établir) / pour pouvoir se prévaloir de ce dispositif, il faut voir les conséquences de l'inexécution et non l'inexécution elle-même. Le non-paiement du prix donc n'est pas suffisant pour se prévaloir de l'inexécution anticipée.

Le principal risque au final est celui d'une paralysie du contrat : « J'ai l'impression que tu ne vas pas exécuter ton obligation donc je ne vais pas exécuter la mienne » Que se passe-t-il si l'on notifie que l'on va arrêter et qu'on nous répond : « je te rassure je vais y arriver » ? Le flou juridique existe et les juges de la Cour de cassation auront le travail d'interpréter la réforme et de trouver différentes solutions à ces problématiques très pratiques.

Concernant l'exécution forcée en nature : Elle vient consacrer une règle admise, qui est tempérée par l'impossibilité et par le caractère économique de la situation. Grande nouveauté. Peu en phase avec la tradition juridique française. On redoute que cela porte atteinte au respect de la parole donnée. Et le risque tient au fait qu'un débiteur sera trop souvent enclin à penser que le coût est déraisonnable. Le juge va devoir intervenir pour apprécier ce qu'il en est de ce coût manifestement excessif : le juge revient !

Il est difficile de savoir s'il est envisageable de se prévaloir d'une clause, cela n'irait-il pas à l'encontre de la bonne foi, qui est un principe directeur du droit des contrats aujourd'hui ? Il faudrait distinguer selon le contrat : pas d'effet de la clause dans les contrats d'adhésion, oui pour le reste.

[Table ronde n°4 : La réforme et le droit des sociétés : bouleversement ou apports marginaux ?](#)

L'Ordonnance du 10 février 2016 a consacré un grand nombre de dispositions nouvelles. Certaines étaient déjà connus du droit positif car ancrées dans la jurisprudence de la Cour de cassation. D'autres encore sont de réelles innovations, venant combler un manque dans l'ordonnement juridique. D'autres enfin sont venues briser une jurisprudence constante datant de plus d'un siècle et demi, comme c'est le cas de l'imprévision, consacrée à l'article 1195 Cciv.

De nombreuses dispositions entrées en vigueur le 1er octobre 2016 sont susceptibles d'impacter directement les droits spéciaux et en particulier le droit des sociétés.

Les dispositions générales relatives à la représentation pourront, notamment, créer la confusion. C'est le cas de l'article 1161 qui aura nécessairement un impact ou qui, du moins, poussera nombre de praticiens à s'interroger sur le lien étroit qu'il pourrait entretenir avec les procédures de conventions réglementées déjà prévues par le droit spécial des sociétés.

Ainsi, il est louable et même indispensable d'anticiper les modifications voire peut-être les bouleversements que ces nouvelles dispositions vont entraîner. C'est nécessairement le cas de l'articulation du Code civil visant à s'appliquer à tous les contrats et d'un droit spécial qu'est le droit des sociétés.

La réforme soulève par ailleurs la question de son impact sur les cessions de droits sociaux. Un encadrement législatif nouveau est apporté, par la réforme, aux avant-contrats bien répandus que sont les pactes de préférence et les promesses de contrat. La question qui retient particulièrement notre attention est celle de la force obligatoire de ces avant-contrats et de leur possible exécution forcée.

Par ailleurs et enfin, deux apports de la réforme posent la question de leur incidence éventuelle sur les cessions de contrôle : l'obligation précontractuelle d'information et l'admission de la révision pour imprévision.

Monsieur le Professeur Nicolas Borga :

Cession de titres : incidence que peut avoir la nouvelle obligation d'information du nouvel article 1112-1 du Code civil ? Il s'agit d'un point qui inquiétait les avocats spécialisés en droit des sociétés : jusqu' où aller pour informer un partenaire potentiel ?

L'article 1112-1 du Code civil ne va rien changer selon moi. On va faire comme avant, c'est-à-dire que l'obligation d'information n'existe que si l'autre ne se trouve en situation d'ignorance légitime ou confiance légitime.

L'ignorance légitime, c'est lorsqu'il n'y a pas de devoir de se renseigner. La confiance légitime c'est hypothèse de *l'arrêt vilgrain du 27 février 1996* : Le dirigeant d'une société est tenu d'informer les autres actionnaires, non seulement des événements susceptibles d'influencer de façon significative la valeur de leurs parts, mais, plus précisément, du prix qu'il va retirer de la revente des parts qu'il acquiert ; une obligation de loyauté est donc mise à la charge du dirigeant. C'était déjà prévu par la jurisprudence, alors le problème ne se pose pas.

Si on a une clause de burn-out ou de résiliation de prix, on peut dire qu'on accepte le risque par la nature de la clause. On peut imaginer que certains événements ne soient pas pris en compte par la clause de révision du prix..

Madame le Professeur Anastasia Sotiropoulou :

Promesse unilatérale : La promesse unilatérale et le pacte de préférence sont très utilisées en matière sociétaire. On pense aux clauses de retrait, de préemption.. Quel est l'apport de la réforme concernant le pacte de préférence ? Il ne bouleverse pas les choses, il s'agit surtout de consacrer les solutions jurisprudentielles précédentes, mais au lieu d'employer la conjonction « et », le texte utilise la conjonction « ou ». Le bénéficiaire du pacte peut agir en nullité ou substitution du contrat conclu. La nullité exclut la substitution, comment se substituer à un contrat nul ?

En ce qui concerne les conditions de la nullité : La loi a maintenu les conditions strictes : connaissance du pacte par le tiers et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

La nouvelle action interrogatoire viendrait selon certains tempérer cette rigueur, mais il n'en est rien, on ne sait pas si cela sert à grand-chose. Oui ou non, c'est sécurisé, mais le texte ne dit pas que l'on doit prendre position donc si la personne répond « je ne sais pas » ? En outre, l'exercice de l'action n'est pas très opportun pour les tiers. Pourquoi se mettre en position de mauvaise foi ? Pourquoi un tiers irait-il renoncer par avance à un marché qu'il pourrait vouloir obtenir dans l'avenir ? Le tiers ayant intérêt à se taire, il est difficile de dire que cette action interrogatoire est véritablement utile.

Maître Yves Reinhard :

Question : comment trouver ce bénéficiaire ? Il n'est pas aisé d'être devin, même s'il est vrai que dans le milieu des affaires certaines choses se savent très vite.

Autre problème : Il est difficile de dire qu'on veut s'en prévaloir ou pas. Et dans la vie des affaires on ne va surtout pas le dire, confidentialité oblige... Et encore une fois, le tiers va-t-il avoir intérêt à poser cette question ?

Promesse unilatérale : La réforme a consacré l'exécution forcée de la promesse révoquée. Elle ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle. Pourrait-on stipuler une clause là-dessus ? Ce point n'étant pas d'ordre public, je n'y vois aucun inconvénient ! De plus, nous avons une jurisprudence qui accepte les clauses de renonciation de résolution donc pourquoi pas exécution forcée ?